

EINSTELLUNG INFORMATIONSSYSTEM	
Ausschuss:	SW 06.05. + Mail
Datum:	04.05.2020
SVV-BÜRO:	dk

30.04.2020

HAUSMITTEILUNG

von: Stabsbereich, Beteiligungsverwaltung
über: Bürgermeister *J.*
an: Stadtverordnete
zusätzlich: FBL I-IV, Pressesprecherin, Presse (extern)

AN/BV0148/2019/13 – Änderungsantrag zur Haushaltssatzung 2020 Zuschuss in Höhe von 1 Mio. Euro an die SWH (Fernwärme)

Sehr geehrter Damen und Herren,

Am 11.12.2019 hat die Stadtverordnetenversammlung mit dem Änderungsantrag zum Beschluss der Haushaltssatzung 2020 mehrheitlich entschieden, einen Zuschuss in Höhe von 1 Mio. Euro für die Vermeidung stärkerer Preiserhöhungen des Fernwärmepreises den Stadtwerken Hennigsdorf GmbH zur Verfügung zu stellen.

Gleichzeitig wurde die Verwaltung beauftragt, die rechtlichen und steuertechnischen Voraussetzungen für diesen Zuschuss zu prüfen bzw. zu schaffen. Ziel des Beschlusses ist es, die Preiserhöhung für den Endverbraucher im Zusammenhang mit der Erhöhung der Fernwärmepreise abzumildern.¹

Mit dieser Hausmitteilung möchte ich Ihnen einen Überblick über den Stand der Prüfung geben und erste Informationen über die weitere Verfahrensweise zukommen lassen.

Mit der Veröffentlichung des Haushaltes im Januar 2020 hat die Stadt Hennigsdorf unmittelbar begonnen, geeignete Rechtsanwälte mit dem Schwerpunkt Beihilferecht zu ermitteln. Die beihilferechtliche Frage ist in besonderem Maße relevant. Der Begriff der Beihilfe ist dabei als jede Maßnahme zu verstehen, die, gleich in welcher Form, die Belastungen verringert, die ein

¹ Wortlaut entsprechend Beschluss

Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Mit anderen Worten: Eine Beihilfe ist jede Leistung an ein Unternehmen, der keine marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht. Beihilfen sind in besonderen Fällen zulässig, die allerdings einer Prüfung unterzogen werden müssen.

In einem ersten Schritt wurden Gespräche mit der Kanzlei Müller-Wrede & Partner geführt, die im EU-Beihilferecht einen besonderen Beratungsschwerpunkt innehat. In dem Gespräch vom 11. Februar 2020 sicherte uns die Kanzlei ein Angebot zur Klärung des Sachverhaltes zu, welches am 24.02.2020 eingegangen ist. Die Stadt Hennigsdorf geht derzeit davon aus, dass die Prüfung durch die Kanzlei Müller-Wrede & Partner Kosten in Höhe von mindestens ca. 20.000 Euro bei der Stadt Hennigsdorf verursachen wird.

Das Angebot beinhaltet zahlreiche Prüfaufträge, die vorab durch die Stadt bzw. durch die Stadtwerke Hennigsdorf geleistet werden müssen.

In Folge der Auswertung des Angebotes hat die Stadt Hennigsdorf am 06.03.2020 die Frage an die Stadtwerke Hennigsdorf gerichtet, ob unter der Annahme, dass der Zuschuss in Höhe von 1 Mio. Euro beihilferechtlich möglich wäre, eine Anpassung/Änderung/Neuberechnung der Fernwärmepreisberechnung rechtlich zulässig sei.

Hierbei sei erwähnt, dass die Stadtwerke Hennigsdorf die Preiskalkulation nicht selbst vorgenommen haben, sondern hinsichtlich der Berechnung und rechtlichen Beratung das Unternehmen Rödl & Partner beauftragt haben.

Das Unternehmen Rödl & Partner hatte im Zuge der Präsentation zur neuen Fernwärmepreiskalkulation ausgeführt, dass *„aus rechtlicher Sicht [...] die Umstellung dieser Formel immer dann notwendig ist, wenn größere Veränderungen an der Erzeugungsstruktur vorgenommen werden“*. Im Umkehrschluss könnte daraus geschlossen werden, dass allein der Zuschuss in Höhe von 1 Mio. Euro keine Neukalkulation auslöst und damit kein Einfluss auf die Preisberechnung haben wird. Die Absenkungen der Kostensteigerungen für die Fernwärme-Endkunden durch Neukalkulation und alle damit zusammenhängende Fragestellungen könnte damit aus dem Prüfauftrag herausgelöst werden.

Die Stadt Hennigsdorf hält dies für eine zentrale Frage im Zusammenhang mit der Vergabe des Prüfauftrags an die Kanzlei Müller-Wrede & Partner, sodass die Beantwortung vor Auftragsvergabe abgewartet werden soll. Durch die Beantwortung dieser Frage besteht die Möglichkeit, den Prüfauftrag zu konkretisieren und zeitlich sowie finanziell zu begünstigen.

Die Beantwortung dieser Anfrage liegt seit dem 28.04.2020 vor. Bereits bei der ersten Prüfung konnten wir feststellen, dass die Antwort nicht eindeutig ausfällt und daher intensiv geprüft werden muss. Darüber hinaus sind durch das Unternehmen Rödl & Partner weitere Dokumente benannt, die uns derzeit noch nicht vorliegen.

Ein weiterer zu klärender Lösungsansatz wäre darin zu sehen, dass Endverbraucher möglicherweise unmittelbar durch die Stadt Hennigsdorf profitieren sollen. Dieser Prüfauftrag wurde durch die Stadtverordneten nicht formuliert. Die Stadt Hennigsdorf hat sich aber dennoch dazu entschlossen, diese Prüfung in einem zweiten Schritt vorzunehmen, wenn sichergestellt ist, dass der Zuschuss den Stadtwerken Hennigsdorf nicht oder nur mit erheblichen negativen Folgen gewährt werden kann.

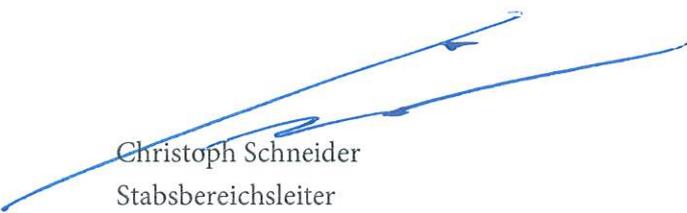
Nächste Schritte

- Prüfung der Beantwortung der Fragestellung zur Anpassung/Neuberechnung der Fernwärmepreise (Preisgleitformel)
- Konkretisierung des Angebotes der Kanzlei Müller-Wrede & Partner
- Beantwortung beihilferechtlicher Fragestellungen nach Beauftragung der Kanzlei Müller-Wrede & Partner
- Klärung weitere Möglichkeiten zur Entlastung der Endverbraucher
- Abschließender Prüfbericht und Vorlage in der Stadtverordnetenversammlung

Wir gehen davon aus, dass die Klärung des Sachverhaltes und aller damit verbundenen Fragen nicht vor Ende des Jahres 2020 vorliegt. Auch für die Verwaltung ist die Komplexität des Prüfauftrags der Stadtverordnetenversammlung eine Herausforderung. Ich bitte Sie daher, uns den benötigten zeitlichen Spielraum einzuräumen, um die Beantwortung mit der notwendigen Sorgfalt bearbeiten zu können.

Über den weiteren Verlauf werden wir Sie regelmäßig informieren. Für Rückfragen und Informationen zum aktuellen Stand der Bearbeitung stehe ich Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Christoph Schneider
Stabsbereichsleiter

Anlage: Memorandum Müller-Wrede & Partner vom 21.02.2020

MEMORANDUM

Von: RAin Quardt, RA v. Donat

Betr.: 156-20 - Stadt Hennigsdorf - Zuschuss Fernwärme

Prüfungspunkte und Fragen zur Begutachtung eines Zuschusses der Stadt Hennigsdorf an die SWH zur Vermeidung einer starken Erhöhung des Fernwärmepreises

Datum: 21.02.2020

A. Sachverhalt

Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt Hennigsdorf hat am 11.12.2019 folgenden Beschluss gefasst:

„Im Haushaltsplan 2020 wird der Stadtwerke Hennigsdorf GmbH ein Zuschuss von 1.000.000,00 Euro für die Vermeidung stärkerer Preiserhöhungen des Fernwärmepreises zur Verfügung gestellt.

Gleichzeitig wird die Verwaltung beauftragt die rechtlichen und steuertechnischen Voraussetzungen für diesen Zuschuss zu prüfen bzw. zu schaffen.“

Sie hat diesen wie folgt begründet:

„Die bereits getätigten Investitionen der Stadtwerke Hennigsdorf GmbH in die Ertüchtigung der Fernwärmeversorgung der Stadt Hennigsdorf hilft, die hoch gesteckten Klimaschutzziele der Stadt Hennigsdorf zu erreichen. Eine weitgehend CO₂-neutrale Wärmeversorgung der meisten Bewohner und Einrichtungen der Stadt Hennigsdorf ist ausdrücklich zu befürworten. Diese sinnvollen Investitionen in die Zukunft dürfen jedoch nicht in großem Umfang auf die Verbraucher abgewälzt werden. Die geplante Erhöhung des schon jetzt über dem Landesdurchschnitt liegenden Fernwärmepreises in Hennigsdorf soll durch den Zuschuss von 1.000.000,00 Euro in den nächsten Jahren

für die Verbraucher moderater gestaltet werden. Mit dem Zuschuss soll keine Subventionierung der Stadtwerke betrieben werden, sondern nur die notwendige Preiserhöhung für die Endverbraucher abgemildert werden.“

Der Beschluss erfolgte vor folgendem Hintergrund. Die Stadtwerke Hennigsdorf (SWH) betreiben das Fernwärmenetz in Hennigsdorf. Es besteht nach der Fernwärmesatzung der Stadt Hennigsdorf vom 12.09.2007 ein Anschluss- und Benutzungszwang. Dieser betrifft sowohl die Segmente Wohnen wie auch Gewerbe. In der Satzung sind Befreiungen vorgesehen, insbesondere für Gebäude mit emissionsfreien Wärmeversorgungsanlagen oder im Fall der Wärmeerzeugung aus regenerativen Energiequellen.

In einer 100-prozentigen Tochtergesellschaft der SWH, der Kraftwerks- und Projektentwicklungsgesellschaft Hennigsdorf mbH & Co. KG (KPG) erfolgt die Erzeugung regenerativer Fernwärme. Die KWG betreibt ein Biomasse-Heizkraftwerk), in dem aus waldfrischen Holzhackschnitzeln in Kraft-Wärme-Kopplung und auf Basis eines ORC-Prozesses umweltfreundliche Wärme produziert wird sowie ein Blockheizkraftwerk, in dem Biogas in Erdgasqualität zum Einsatz kommt. Mit Inbetriebnahme der beiden Anlagen wurde auch ein hydraulischer Gesamtverbund der Fernwärmeteilnetze geschaffen. Dies führt dazu, dass ca. die Hälfte der in Hennigsdorf benötigten Fernwärme CO₂-neutral erzeugt wird.

Um das im Klimaschutzplan 2050 der Bundesregierung definierte Ziel der weitestgehenden Treibhausgasneutralität umzusetzen, hat die Stadtverordnetenversammlung mit Beschluss vom 29.03.2017 die Strategie der SWH bestätigt, den Anteil regenerativer Energie von 50 % auf 80 % zu erhöhen. Der Ausbau erfolgt in den Jahren 2017-2022 im Rahmen des Projekts *Wärmedrehscheibe* durch die Nutzung industrieller und gewerblicher Abwärme, Großflächen Solarthermie (23.000 m²), die Optimierung der bestehenden, mit regenerativen Brennstoffen betriebenen KWK-Anlagen und den Einsatz eines Multifunktionswärmespeichers (22.000 m³). Die Stadtverordnetenversammlung beschloss am 22.05.2019 zur Erleichterung der Finanzierung der Investitionsstrategie, das Wegenutzungsentgelt des Fernwärmegestattungsvertrages von 310.000 € p.a. auf 160.000 € p.a. abzusenken.

Die geänderte Erzeugungsstruktur zu Gunsten einer klimaneutralen Fernwärmeversorgung hat ein zum 01.01.2020 geändertes Fernwärmepreissystem zur Folge. Das neue Fernwärmepreissystem wurde mithilfe der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Rödl & Partner entwickelt. Die Planung geht von einem erneuerbaren Anteil der Wärmeerzeugung zwischen 84 % und 87 % im Planungshorizont (2038) aus. Es führt zu einer Erhöhung des mengengewichteten Mischpreises um 13,8 %. Im Vergleich dazu liegt der durchschnittliche Anstieg bei den Stromkosten in Deutschland im Jahr 2020 bei 4,1 %. Mit der Erhöhung zahlen die Kunden ca. 50 % mehr als der Durchschnitt in Brandenburg. Die jährliche Mehrbelastung beträgt

200-300 € pro Haushalt, insgesamt ca. 1,2 Mio. € p.a. Zur Abmilderung der Mehrbelastung hat die Stadtverordnetenversammlung vorgenannten Beschluss gefasst.

B. Management Summary

C. Stellungnahme

Die Stellungnahme gliedert sich in eine beihilferechtliche Prüfung mit der Empfehlung zum weiteren Vorgehen (hierzu unter I.) sowie eine Untersuchung der geeigneten Handlungsformen (hierzu unter II.).

I. Beihilferechtliche Stellungnahme

Zunächst soll untersucht werden, ob es sich bei dem Zuschuss der Stadt Hennigsdorf um eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Eine staatliche Beihilfe unterliegt dem Durchführungsverbot in Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, d.h. sie darf vor ihrer Genehmigung durch die Europäische Kommission nicht gewährt werden. Eine Ausnahme gilt nur für freigestellte Beihilfen.

1. Vorliegen einer staatlichen Beihilfe

Eine staatliche Beihilfe liegt vor, wenn der Zuschuss der Stadt Hennigsdorf alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV kumulativ erfüllt, d.h. es müsste

- durch den Einsatz staatlicher Mittel
- ein Unternehmen
- selektiv begünstigt werden
- und hierdurch eine Verfälschung des Wettbewerbs zumindest drohen
- und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden.

Eine Beihilfe kann somit ausgeschlossen werden, wenn eines der Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt wird.

Da auch kommunale Mittel dem Mitgliedstaat zugerechnet werden, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit dem Tatbestandsmerkmal „Einsatz staatlicher Mittel“. Auch die selektive Begünstigung der SWH kann nicht ausgeschlossen werden. Eine Begünstigung ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen d.h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten würde.¹ Anhalts-

¹ ständige Rechtsprechung, vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 11.07.1996 - Rs. C-39/94, „SFEI“, Rn. 60.

punkte dafür, dass es sich bei dem Zuschuss zur Reduzierung der Preiserhöhung für Fernwärme um ein auch für private Marktteilnehmer bzw. Gesellschafter übliches Verhalten handelt, sind nicht ersichtlich. Da der Beschluss nur die SWH adressiert, ist die Maßnahme auch selektiv.

Einer etwas detaillierteren Begutachtung bedürfen die Tatbestandsmerkmale Unternehmen, (drohende) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung.

1.1 Unternehmenseigenschaft

Eine staatliche Finanzierungsmaßnahme ist nur dann beihilferelevant, wenn sie ein „*Unternehmen*“ begünstigt. Nach der ständigen Rechtsprechung EuGH findet im Rahmen des Art. 107 Abs. 1 AEUV der Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts Anwendung. Hieraus folgt zum einen, dass es auf Definitionen des nationalen Rechts nicht ankommt. Zum anderen gilt die Definition, wonach ein Unternehmen „*jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit [ist], unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung*“². Kennzeichnend für eine *wirtschaftliche Tätigkeit* ist dabei das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.³ Wenn ein Unternehmen sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, unterliegt nur die wirtschaftliche Tätigkeit der Beihilfekontrolle.

Da die Fernwärme der SWH in Hennigsdorf einem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegt, könnte Infrage gestellt werden, ob die SWH Fernwärme überhaupt auf einem Markt anbietet. Der „Kunde“ hat nicht nur keine Auswahl zwischen mehreren Anbietern, er ist darüber hinaus auch zur Abnahme von Leistungen verpflichtet. Da der Markt für die Belieferung mit Fernwärme nach Auffassung von Bundeskartellamt und Bundesgerichtshof einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bildet,⁴ kann argumentiert werden, dass SWH mit dem außer Kraft setzen der Marktmechanismen durch den Anschluss- und Benutzungszwang im Bereich der Fernwärme keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt.

Diese Argumentation halten wir jedoch nicht für belastbar. Für das *Anbieten auf einem bestimmten Markt* reicht es aus, dass andere Anbieter anderenorts Fernwärme gegen Entgelt (und ohne Anschluss- und Benutzungszwang) anbieten

² EuGH, Urteil vom 23.04.1991 – Rs. C-41/90 „Höfner und Elser“, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 16.03.2004 – Rs. C-264/01 u.a. „AOK Bundesverband u.a.“, Rn. 46.

³ EuGH, Urteil vom 18.06.1998 – Rs. C-35/96 „Kommission/Italien“, Rn. 36; EuGH, Urteil vom 12.12.2000 – Rs. C-180/98 bis C-184/98 „Pavlov“, Rn. 75; EuGH, Urteil vom 11.07.2006 – Rs. C-205/03 P „FENIN“, Rn. 25.

⁴ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, 2012, Rn. 3.

und ihr Interesse nicht ausgeschlossen werden kann, in Hennigsdorf (ggf. nach Übernahme des Netzes) entgeltlich Fernwärme anzubieten.

1.2 Zumindest potenzielle Wettbewerbsverfälschung

Hier lässt sich diskutieren, ob SWH mit dem Fernwärmenetz nicht ein Monopol innehat, so dass angesichts fehlenden Wettbewerbs bezüglich dieser Tätigkeit eine Wettbewerbsverfälschung auszuschließen ist.

Grundsätzlich ist nach Ansicht der Europäischen Kommission nur ein rechtliches Monopol, das sowohl den Wettbewerb auf dem Markt als auch den Wettbewerb um den Markt ausschließt, geeignet, eine Wettbewerbsverfälschung auszuschließen.⁵

Ein rechtliches Monopol liegt nicht vor. Im Gegenteil: Anbieter von Fernwärme haben gegenüber dem Fernwärmenetzbetreiber grundsätzlich einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch aus § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 4 GWB auf Mitbenutzung dessen Netzes, um eigene Kunden zu beliefern.⁶ Außerdem muss die Kommune allen Fernwärme-Anbietern Wegenutzungsrechte diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen bzw. im Fall einer wegerechtlichen Ausschließlichkeitsstellung die Wegenutzungsrechte in einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren vergeben.⁷

Bei flächendeckenden Netzen, bei denen ein Nachbau unrentabel wäre, schließt die Kommission die Möglichkeit einer Wettbewerbsverfälschung auch ohne eine rechtliche Grundlage für ein Monopol aus, „wenn

- i) eine Infrastruktur in der Regel keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt ist,*
- ii) in dem betreffenden Wirtschaftszweig und dem betreffenden Mitgliedstaat nur vernachlässigbar kleine private Finanzierungsmittel aufgebracht werden und*
- iii) die Infrastruktur nicht so ausgestaltet ist, dass sie selektiv ein bestimmtes Unternehmen oder einen be-*

⁵ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend: „*Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff*“), ABl. (EU) Nr. C 262 vom 19.07.2016, S. 1, Rn. 188.

⁶ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, 2012, Rn. 11.

⁷ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, 2012, Rn. 14.

*stimmten Wirtschaftszweig begünstigt, sondern für die Gesellschaft insgesamt von Nutzen ist.*⁸

Das Fernwärmenetz steht streng genommen nicht mit anderen Infrastrukturen im Wettbewerb, auch nicht mit dem Stromnetz. Nach § 8 Abs. 3 LImSchG Brbg. Ist der Neuanschluss von elektrischen Direktheizungen zur Erzeugung von Raumwärme mit mehr 10 % des Gesamtwärmebedarfes und mehr als 2 KW Leistung unzulässig. Allerdings ist die Belieferung mit Fernwärme aufgrund der Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang tatsächlich substituierbar. Eine Wettbewerbssituation, die durch den Zuschuss verfälscht werden könnte, besteht somit zu emissionsfreien Wärmeversorgungsanlagen oder Anlagen zur Wärmeerzeugung aus regenerativen Energiequellen.

Vor dem Hintergrund der Hinweise des Bundeskartellamts zu den (allerdings mehr theoretischen) Möglichkeiten eines Wettbewerbs im Fernwärmemarkt und der Substituierbarkeit der Fernwärme bei Neuanschlüssen, kann ein potenzielle Wettbewerbsverfälschung nicht rechtssicher ausgeschlossen werden.

1.3 Handelsbeeinträchtigung

Die Handelsbeeinträchtigung könnte bei rein lokalen Auswirkungen ausgeschlossen sein. Grundsätzlich ist eine Handelsbeeinträchtigung zu erwarten, wenn eine staatliche Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im unionsinternen Handel stärkt.⁹ Eine Ausnahme liegt nach der Entscheidungspraxis der Kommission und nunmehr auch der Rechtsprechung vor, wenn die begünstigte Tätigkeit nur in einem geographisch begrenzten Gebiet angeboten wird und es unwahrscheinlich ist, dass sie Kunden bzw. Verbraucher aus anderen Mitgliedstaaten anspricht. Ferner dürfen die Maßnahmen nicht mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die effektive Wahrnehmung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten haben.¹⁰

Während die ersten beiden Voraussetzungen für den Ausschluss einer Handelsbeeinträchtigung vorliegen dürften, kann wiederum nicht ausgeschlossen werden, dass Anbieter von emissionsfreien Wärmeversorgungsanlagen oder Anla-

⁸ Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff“, Rn. 211.

⁹ vgl. Rn. 190 Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff sowie die dort angeführte Rechtsprechung des EuGH.

¹⁰ Rn. 196 Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff unter Verweis auf die maßgebliche Beschlusspraxis der Kommission; bestätigt durch Urteil des EuG vom 14. Mai 2019 Rs. T-728/17 Marin-vest/Kommission

gen zur Wärmeerzeugung aus regenerativen Energiequellen aus anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden.

1.4 Zwischenergebnis zum Vorliegen einer Beihilfe

Im Ergebnis lässt sich nicht ausschließen, dass der Zuschuss zur Reduzierung des Fernwärmepreises ein staatliche Beihilfe darstellt. Dieses Ergebnis stimmt mit der grundsätzlichen Einschätzung der Kommission zu Energieinfrastrukturen überein:

„Energieinfrastruktur wird für die entgeltliche Bereitstellung von Energiedienstleistungen genutzt, was eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Solche Infrastrukturen werden zu einem großen Ausmaß von Marktteilnehmern errichtet (d. h. der Markt stellt erhebliche Mittel bereit) und über die Endkundentarife finanziert. Staatliche Zuwendungen für Energieinfrastrukturen begünstigen somit eine wirtschaftliche Tätigkeit und haben in der Regel auch Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten; daher unterliegen sie grundsätzlich den Beihilfenvorschriften.“¹¹

2. Freistellungstatbestände

In Betracht kommen die Freistellungstatbestände für Betriebsbeihilfen unter der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) und unter dem Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (Dawl-Freistellungsbeschluss).

In einem ersten Schritt wird die Möglichkeit der Gewährung einer Betriebsbeihilfe und in einem zweiten Schritt die Möglichkeit der Gewährung einer Investitionsbeihilfe für eine noch nicht begonnene Investition geprüft. Da in die Preisberechnung die zukünftigen Cashflows für Neuinvestitionen einbezogen wurden, hat auch ein Investitionszuschuss preisdämpfende Wirkung (sofern in den sonstigen betrieblichen Erträgen erfasst).

¹¹ Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff“, Rn. 217.

Wenn ein Freistellungstatbestand einschlägig ist, bedarf es vor der Gewährung des Zuschusses keiner Notifizierung bei der Europäischen Kommission. Es sind allerdings Transparenz- und Berichtspflichten einzuhalten.

2.1 Betriebsbeihilfen

2.1.1 Betriebsbeihilfe zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien

Fragen:

- Installierten Erzeugungskapazität der Anlagen? Anlagen mit einem gemeinsamen Anschlusspunkt an das Stromnetz werden als eine Anlage betrachtet.
- An wen wird Strom zu welchem Preis verkauft?
- Höhe des Buchwerts (ohne erhaltene Investitionsbeihilfen) der Anlagen?
- Höhe der unabhängig vom beabsichtigten Zuschuss der Stadt erhaltenen und laufenden Betriebsbeihilfen?

2.1.2 Betriebsbeihilfe zur Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien in kleinen Anlagen

Fragen:

- Gibt es bei SWH oder KPG Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien mit einer installierten Kapazität von weniger als 500 kW? Anlagen mit einem gemeinsamen Anschlusspunkt an das Stromnetz werden als eine Anlage betrachtet. Wenn ja:
 - Besteht eine Differenz zwischen den Gesamtgestehungskosten der Energie aus der jeweiligen erneuerbaren Quelle und dem Marktpreis der jeweiligen Energieform? Bei der Berechnung der Stromgestehungskosten ist der Swap-Satz für eine Laufzeit bis zum Ende des Abschreibungszeitraums + 100 bps zugrunde zu legen.
 - Höhe des Buchwerts (ohne erhaltene Investitionsbeihilfen) der Anlagen?
 - Höhe der unabhängig vom beabsichtigten Zuschuss der Stadt erhaltenen und laufenden Betriebsbeihilfen?

2.1.3 Ausgleichsleistung für die Erbringung einer Dawl

Sofern die Belieferung mit Fernwärme in Hennigsdorf als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Dawl) definiert werden kann (hierzu unter a)), könnte der Zuschuss zugunsten der SWH auf der Grundlage des Dawl-Freistellungsbeschlusses erfolgen, soweit dessen übrige Voraussetzungen eingehalten werden (hierzu unter b)).

a) Vorliegen einer Dawl

Die Inanspruchnahme der beihilferechtlichen Dawl-Regelungen setzt voraus, dass eine Ausgleichsleistung für die Erbringung einer solchen Dienstleistung gewährt werden soll. Der Begriff der Dawl wird im Unionsrecht nicht definiert. Nach der Rechtsprechung folgt hieraus, dass den Mitgliedstaaten bzw. deren Untergliederungen bei der Festlegung der Dienstleistung ein weiter Ermessensspielraum zusteht, der von der Kommission und den Unionsgerichten nur auf offenkundige Fehler überprüft werden kann.¹² Nach dem EuGH ist eine Dawl allerdings eine Leistung, die im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten besondere Merkmale aufweist.¹³

Konkret ist eine Dawl dadurch gekennzeichnet, dass die Dienstleistung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verknüpft ist, die im allgemeinen Interesse liegen.¹⁴ Es handelt sich mithin um Dienstleistungen, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht zu den gleichen Bedingungen erbringen würde. Ein offenkundiger Fehler bei der Bestimmung einer Dawl liegt jedoch vor, wenn die fragliche Dienstleistung bereits von im Einklang mit den Marktregeln handelnden Unternehmen zu normalen Marktbedingungen erbracht wird. D.h. die Dienstleistung am Markt zufriedenstellend hinsichtlich Qualität, Preis, Kontinuität, Zugang oder anderen objektiven Merkmalen, die sie gemäß dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken soll, erbracht wird.¹⁵ Die Kommission ist zudem der Auffassung, dass eine Dawl zum Wohle der

¹² vgl. Rn. 46 der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („Dawl-Mitteilung“) und die dort zitierte Rechtsprechung, ABl.(EU) Nr. C 8 vom 11.01.2012, S. 4.

¹³ vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 10.12.1991 - Rs. C-179/90 „Merci convenzionali porto di Genova“, Rn. 53.

¹⁴ vgl. Rn. 47 Dawl-Mitteilung.

¹⁵ vgl. Rn. 48 Dawl-Mitteilung.

Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden muss; die reine Förderung von Unternehmen stellt demnach keine Dawl dar.¹⁶

Auf Grundlage der Fernwärmesatzung der Stadt Hennigsdorf vom 12.09.2007 betreibt die Stadt Hennigsdorf die Fernwärmeversorgung zum Zweck der Luftreinhaltung. So regelt § 1 der Satzung:

„Die Stadt Hennigsdorf (Stadt) betreibt im Stadtgebiet die Fernwärmeversorgung zum Schutz von Menschen, der natürlichen Umwelt sowie von Kultur- und Sachgütern vor schädlichen Umwelteinwirkungen und um dem Entstehen von schädlichen Umwelteinwirkungen vorzubeugen (Klimaschutz) sowie insbesondere auch zum Zwecke der Luftreinhaltung auf ihrem Gebiet (Gebietsschutz).“

Mit Beschluss des Klimaschutz-Rahmenkonzepts der Stadtverordneten Versammlung in 2015 wurde die strategische Ausrichtung auf eine CO₂-neutrale Ausrichtung der Fernwärmeversorgung der Stadt festgelegt. Ziel ist die Reduzierung des CO₂-Ausstoßes von 17.400 t CO₂ pro Jahr. Gleichzeitig soll eine stabile Fernwärmeversorgung der aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs angeschlossenen Bevölkerung sichergestellt sein. Ab 2022/2023 soll eine klimaneutrale Erzeugung der Fernwärme durch die Nutzung der Abwärme des Stahlwerks, den Einsatz von Solarkollektoren, den Bau eines Großwärmespeichers unter Einbindung des bestehenden Biomasseheizkraftwerks und des bestehenden Bioerdgas-BHKW gewährleistet werden.

aa) Universalcharakter

Für die Annahme eines im Allgemeininteresse liegenden Bedarfs muss eine Leistung einen gewissen universellen Charakter haben. Der Universalcharakter der Fernwärmeversorgung lässt sich hier zum einen mit der Versorgungssicherheit der örtlichen Bevölkerung mit Wärme begründen. Zum anderen werden Aspekte des Klima- und Umweltschutzes durch die CO₂-neutrale Ausrichtung des Fernwärmesystems gewahrt und führen zur Verbesserung der Lebensqualität in Hennigsdorf.

¹⁶ vgl. Rn. 50 Dawl-Mitteilung.

Vor diesem Hintergrund kann argumentiert werden, dass die Fernwärmeversorgung im Allgemeininteresse liegt.

bb) Marktversagen

Zu prüfen ist weiter, ob ein Marktversagen vorliegt, also die Dienstleistung bereits am Markt zufriedenstellend hinsichtlich Qualität, Preis, Kontinuität, Zugang oder anderen objektiven Merkmalen, die sie gemäß dem definierten öffentlichen Interesse decken soll, erbracht wird.

Grundsätzlich gibt es auf dem „Wärmemarkt“ als Teil des Energieverbrauchermarktes unterschiedliche Versorgungsquellen, die aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs und der hiervon bestehenden Ausnahmen in Hennigsdorf allerdings nur eingeschränkt nutzbar sind. In Hennigsdorf werden bislang 80% des Versorgungsbedarfs durch Fernwärme abgedeckt. Fernwärme wird dabei nur durch SWH angeboten. Aufgrund der mit der Errichtung der Fernwärmeleitungen und weiterer notwendiger Infrastrukturen für den Betrieb einer Fernwärmeversorgung ist bis auf Weiteres nicht mit dem Markteintritt eines weiteren Anbieters von Fernwärme zu rechnen.

Die Kommission hat in der Vergangenheit die Versorgung einer Stadt mit Geothermie-Fernwärme zu erschwinglichen Preisen und einer garantierten Notwärmeversorgung als Dawl bereits anerkannt:¹⁷

„Dass die Wärmeversorgung – neben der Geothermie-Fernwärme – auch von privaten Unternehmen angeboten werden könnte (und wird), u. a. über Elektroheizungen oder Boiler, schließt nicht aus, dass es sich bei der Geothermie-Fernwärmeversorgung von Teilen der Bevölkerung um eine echte DAWI handeln kann; schließlich weist nichts darauf hin, dass die Kräfte des Marktes diese Art von Dienstleistung zu den von den zuständigen deutschen Behörden festgelegten Bedingungen bieten könnten.“

¹⁷ Kommission, Beschluss K(2011) 3053 vom 10.05.2011 – Staatliche Beihilfe Nr. SA.31261 (2011/N) - Kommunalbürgerschaft für städtische Geothermie Unterschleißheim, Rn. 29.

Vor dem Hintergrund der von SWH vorgelegten Preisberechnung und der zur Diskussion gestellten Leistungsreduzierung könnte die Stadt Bedingungen für die Fernwärmeversorgung der Bevölkerung festlegen, unter denen die SWH (und auch kein anderer Anbieter) die Leistungen nicht „freiwillig“, d.h. unter normalen Marktkonditionen anbieten würde.

Das Vorliegen eines Marktversagens und damit die Rechtfertigung einer Dawl lassen sich somit argumentieren.

b) Übrige Voraussetzungen des Dawi-Freistellungsbeschlusses

aa) Betrauungsakt

Frage: Verfügt SWH über ausschließliche oder besondere Rechte hinsichtlich der Fernwärme?

bb) Ausgleichsmechanismus

Fragen:

Bestimmung der Nettokosten? ggf. Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung soweit es sich nur um eine Preisreduzierung handelt.

Bestimmung des angemessenen Gewinns? Mindestens relevanter Swap-Satz + 100 bps.

cc) Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen

2.2 Investitionsbeihilfen

Fragen:

- Welche Neuinvestitionen liegen der Preisberechnung zugrunde?
- Welcher Kategorie können die Neuinvestitionen zugerechnet werden:
 - Investitionsbeihilfe zur frühzeitigen Anpassung an künftige Unionsnormen?

- Investitionsbeihilfe für Energieeffizienzmaßnahmen?
 - Investitionsbeihilfe für hocheffiziente Kraft-Wärme-Kopplung?
 - Investitionsbeihilfe zur Förderung erneuerbarer Energien?
 - Investitionsbeihilfe für energieeffiziente Fernwärme und Fernkälte?
 - Investitionsbeihilfe für Energieinfrastrukturen in einem Fördergebiet. Hennigsdorf liegt in einem Fördergebiet gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.
- Höhe der übrigen eingeplanten Investitionsbeihilfen und Zulagen?

3. Genehmigungsfähigkeit der Beihilfe

Sofern der Zuschuss zur Vermeidung stärkerer Preiserhöhungen des Fernwärmepreises nicht unter einem Freistellungstatbestand gewährt werden kann oder soll, ist er der Kommission vor Gewährung zu notifizieren. Bis zur Genehmigung durch die Kommission gilt das Durchführungsverbot (§ 108 Abs. 3 S. 3 AEUV). Als Genehmigungsgrundlagen kämen Art. 107 Abs. 2 lit. a AEUV (Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher) oder Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV (Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete) bzw. die zu Letzteren von der Kommission erlassenen Mitteilungen, Leitlinien und Rahmen.

Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher sind von der Kommission zu genehmigen, wenn diese ohne Diskriminierung nach dem Bezug der Waren bzw. Dienstleistungen¹⁸ gewährt werden. Die Kommission hat insoweit das Prüf- und Entscheidungsmonopol, ihr steht aber kein Ermessen hinsichtlich der Genehmigung zu.

Bei Beihilfen auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV steht der Kommission grundsätzlich ein weites Ermessen zu. Sie hat ihr Ermessen allerdings durch Mitteilungen, Leitlinien und Rahmen hinsichtlich einiger Zielsetzungen und Sektoren selbst gebunden (ohne dass eine Ermessensreduzierung auf null stattgefunden hätte).

Die Prüfung der beihilferechtlichen Genehmigungsfähigkeit wird zurückgestellt, solange kein negatives Ergebnis hinsichtlich der Nutzbarkeit eines Freistellungstatbestandes vorliegt.

II. Handlungsformen

Die Handlungsform ist abhängig von der beihilferechtlich zulässigen Förderung. Da das Beihilferecht zwar Eckpunkte für die Förderung, regelmäßig aber keine Formwahl nach nationa-

¹⁸ Für die entsprechende Anwendung auf Dienstleistungen: *Heidenhain* in: Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 11 Rn. 4.

len Recht vorgibt, ist die geeignete Handlungsform unter kommunalrechtlichen, haushaltsrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Aspekten zu untersuchen.

- 1. Zuwendungsbescheid**

- 2. (Öffentlich-rechtlicher) Vertrag**

- 3. Einzahlung des Gesellschafters in die Kapitalrücklage**